

Gemeinsame Stellungnahme der Verbände BAH, BPI, Pro Generika und vfa

zur 8. Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

hier: Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit vom 02.03.2012 zu Regelungen über die Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen

Das Bundesministerium für Gesundheit hat im Zusammenhang mit der 8. Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) am 02.03.2012 einen „Referentenentwurf zu Regelungen über die Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen“ vorgelegt und um Stellungnahme bis zum 07.03.2012 gebeten.

Dieser Bitte kommen die Verbände BAH, BPI, Pro Generika und vfa gerne nach.

Geplante Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen ist konsequent

Der Gesetzgeber hat begrüßenswerter Weise in den vergangenen Jahren im Zusammenhang mit dem Arzneimittelbereich bereits geregelt, dass sich die gesetzlichen Krankenkassen beim selektiven Kontrahieren mit pharmazeutischen Unternehmen am Kartellverbot (§ 1 GWB) und am kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbot (§§ 19 bis 21 GWB) messen lassen müssen und dass für diesen Bereich die Zuständigkeit von Zivilgerichten und den Kartellbehörden gilt. Zu nennen sind das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) von 2007, das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der GKV (GKV-OrgWG) von 2009 und das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG) von 2010. Die dabei in gesetzestechnischer Hinsicht gewählte „entsprechende Anwendbarkeit“ der betreffenden Regelungen ist geeignet, Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Frage der Unternehmenseigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen zu begegnen.

Vor diesem Hintergrund stellt der jetzt vorliegende Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, der sich dem Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten zuwendet, eine konsequente Fortsetzung des eingeschlagenen Weges dar.

Der Referentenentwurf sieht vor allem die Einführung eines neuen § 172a SGB V vor. Hiernach sollen die Vorschriften des GWB zur Fusionskontrolle und zur diesbezüglichen Zuständigkeit des Bundeskartellamtes (§§ 35 bis 43 GWB) auf freiwillige Zusammenschlüsse von gesetzlichen Krankenkassen entsprechende Anwendung finden. Weiterhin soll § 4 Abs. 3 SGB V dahingehend ergänzt werden, dass unter anderem das Kartellverbot (§ 1 GWB), das Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbot (§§ 19 bis 21 GWB) und die die Zuständigkeit der Kartellbehörden eröffnenden Vorschriften des GWB auf das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten entsprechende Anwendung finden. Zudem wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit für derartige Streitigkeiten eröffnet.

Aus Sicht der Verbände ist es einem funktionierenden Wettbewerb im Gesundheitswesen insgesamt nicht förderlich, wenn Teilbereiche - wie etwa Krankenkassenfusionen, die von erheblicher wirtschaftlicher und wettbewerblicher Bedeutung sind - vollständig der Auf-

sicht und Kontrolle des Bundeskartellamtes als der hierfür spezialisierten Behörde entzogen sind. Insoweit begrüßen die Verbände, dass das Bundesministerium für Gesundheit mit dem Referentenentwurf nunmehr bestehende Regelungslücken schließen will. Vor allem in Sachen Fusionskontrolle dürfte es sicherlich zielführend sein, auf die spezifische Kompetenz und die Erfahrungen des Bundeskartellamtes zurückzugreifen.

Ergänzungsbedarf hinsichtlich zentraler Verhandlungen des GKV-Spitzenverbands mit Pharma-Unternehmen

Die Verbände regen an, bei der vom Bundesministerium für Gesundheit geplanten „Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen“ das Augenmerk konsequenter Weise auch auf die Erstattungsbetragsverhandlungen des GKV-Spitzenverbands nach § 130b SGB V zu richten.

Mit dem AMNOG wurde zum 01.01.2011 das Instrument der Erstattungsbeträge in das SGB V eingeführt, die zentral vom GKV-Spitzenverband mit den einzelnen pharmazeutischen Unternehmen verhandelt werden (§ 130b SGB V). Wie bereits im Gesetzgebungsverfahren zum AMNOG deutlich gemacht wurde, bedarf es – wenn den pharmazeutischen Unternehmen bei innovativen Arzneimitteln schon zentrale Verhandlungen mit dem Kassenmonopol „GKV-Spitzenverband“ auferlegt werden – in jedem Fall wenigstens einer Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbots (§§ 19 bis 21 GWB), um zumindest halbwegs die notwendige „Waffengleichheit“ zwischen den Vertragsparteien nach § 130b SGB V zu schaffen (die pharmazeutischen Unternehmen unterliegen ohnehin vollumfänglich dem Kartellrecht). Es ist sachlich nicht zu rechtfertigen, dass der GKV-Spitzenverband bei den Verhandlungen seine überragende Marktmacht ggf. missbräuchlich ausnutzen können soll, ohne dass dies kartellrechtlich sanktioniert werden kann. Hierüber sollte auch das Bundeskartellamt wachen können, um Missbräuche abzustellen. Das Argument des Gesetzgebers, dass es sich bei diesen Verträgen nur um eine neue Spielart des in der gesetzlichen Krankenversicherung bewährten Kollektivvertragssystems zur Erfüllung des Versorgungsauftrags der Krankenkassen handeln würde, ist nicht durchgreifend. Denn bei den Vereinbarungen nach § 130b SGB V verhandelt nur auf der einen Seite ein Kollektiv, nämlich das der gesetzlichen Krankenkassen, während auf der anderen Seite nur ein einzelnes Unternehmen am Verhandlungstisch sitzt und eben nicht eine Körperschaft der Leistungserbringer wie etwa die Kassenärztliche Bundesvereinigung, wenn es um die Aushandlung der Arzthonorare geht.

Um diesen Aspekt aufzugreifen, könnte § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V wie folgt geändert werden:

Unbeschadet der entsprechenden Geltung der §§ 19 bis 21, 32 bis 34a und 48 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für Vereinbarungen des Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 130b, gilt Satz 1 nicht für Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind.

Offene Frage der Anwendung der UWG Vorschriften auf gesetzliche Krankenkassen

Zu der im Referentenentwurf angesprochenen Frage der Anwendung der Vorschriften des UWG auf das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen möchten die Verbände anmerken, dass die Frage der Anwendung der Vorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken auf das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen bei der Mitgliederwerbung aktuell Gegenstand eines bei dem Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Vorlageverfahrens ist (EuGH, Rs. C-59/12). Der Bundesgerichtshof hat diese offene Frage mit Beschluss vom 19.01.2012 (I ZR 170/10) dem EuGH vorgelegt. Er möchte die Anwendung der UWG Vorschriften auf die Mitgliederwerbung der gesetzlichen Krankenkassen bejahen. Er vertritt die Auffassung, dass der deutsche Gesetzgeber durch ver-

schiedene gesetzgeberische Maßnahmen zu Gunsten der gesetzlichen Krankenkassen gezielt Handlungsspielräume eröffnet hat, um damit einen - wenn auch eingeschränkten - Preis und Qualitätswettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen zu ermöglichen. Machten die Krankenkassen von diesen Handlungsmöglichkeiten Gebrauch und treten sie mit anderen Krankenkassen in einen Wettbewerb um Mitglieder, handelten sie nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls insoweit unternehmerisch, denn Ziel dieser Wettbewerbshandlungen sei es, die Beiträge der Mitglieder zu vereinnahmen, um auf diese Weise ihre eigene Einnahmesituation zu verbessern. Die Verbände regen an, diese Rechtsprechung des BGH in der Gesetzesbegründung zu berücksichtigen. Die Entscheidung des EuGH zur Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG müsste ggf. später im Wortlaut von § 69 Abs. 2 SGB V reflektiert werden (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation zur Frage der Anwendung von vergaberechtlichen Vorschriften, EuGH C-300/07, Oymanns).

(Stand: 07.03.2012)